Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

und nicht der Stellverter durch einen so geschlossenen Vertrag verpflichtet wird [30]).

Schließlich bemerke ich noch, daß auch dem französischen Rechte nur diese direkte Repräsentation, nicht aber die indirekte Römische Stellvertretung bekannt ist. Daher kann der Bevollmächtigte auch nach diesem Rechte, aus Verträgen, die er als solcher geschlossen hat, weder klagen noch belangt werden [31]).

30) Hiernach werde ich es dem Urtheil eines Jeden anheimstellen dürfen, ob meine Behauptung, daß Jemand durch seinen Willen eine obligatio begründen kann, ohne sich selbst zu obligiren, einen inneren Widerspruch enthält. Vergl. Thöl a. a. O. §. 25. Note 1. In Ansehung des negotiorum gestor verhält die Sache sich anders, weil der negotiorum dominus nicht wie der Mandant, den Willen des Stellvertreters von vorn herein für den seinigen erklärt hat, folglich auch nicht als Mitkontrahent des Dritten angesehen werden kann. Der negotiorum gestor muß daher zunächst sich selbst verpflichten, weshalb der Kontrakt ungültig ist, den er gradezu im Namen des Geschäftsherrn abschließt.

31) Zachariä, Handb. des französ. Civilrechts Bd. 2. §. 415. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 386. Note 76.

XIII.

Ueber die antichresis tacita nach Römischem Rechte [1]).

Von Herrn

Dr. Wilhelm Stephan,

Privatdocenten zu Göttingen.

Die l. 11. §. 1. D. de pignor. et hypoth. (XX. 1.) und die l. 33. D. de pignor. act. (XIII. 7.) schien allen

1) Cuiacii observationes VII. 17. Glück, Pandektencommentar Bd. XIV. S. 49—57. S. 104—125. Seuffert, Erörterungen II. Nr. 21. Sintenis, Pfandrecht S. 234—260. Mühlenbruch, Pandekten 3. Aufl. §. 318. II. von Vangerow, Pandekten S. 94. 795. Schrader, in der Tüb. crit. Zeitschrift Bd. II. S. 397.

Rechtslehrern den Begriff der eigentlichen Antichresis zu enthalten, nämlich den Fall, da kraft einer besondern Verabredung der Gläubiger die ihm vom Schuldner pfandweise oder auch nicht pfandweise übergebene Sache nutzen, dagen keine Zinsen von der Capitalschuld erhalten solle. „Dies gegenseitige Nutzungsrecht," so lehrt u. A. Mühlenbruch in seiner neuesten Auflage des Lehrbuchs des Pandektenrechts, §. 318. II. auf l. 8. D. in quib. causis pign. vel hypoth. tac. contrah. (XX. 2.) sich stützend, „dies gegenseitige Nutzungsrecht kann auch ohne besondere Verabredung entstehen, wenn nämlich das Capital als ein unverzinsliches dargeliehen, dem Gläubiger aber eine Sache, welche einen Fruchtertrag gewährt, ohne nähere Bestimmung hingegeben ist — s. g. antichresis tacita." — Dieselbige Annahme einer stillschweigenden Antichresis zufolge der angeführten l. 8. D. hatte schon Cujas zu begründen gesucht. Sie findet sich bei einer großen Anzahl von Glück[2]) angeführter Schriftsteller, namentlich auch bei Thibaut. Sie läßt sich als die gemeine Meinung betrachten.

Nicht genug: auch hinsichtlich der Wirksamkeit wird ein Unterschied zwischen dieser stillschweigenden oder uneigentlichen Antichresis von der eigentlichen oder ausdrücklich verabredeten angegeben. Bei der erstern dürfe der Gläubiger den gesetzlichen Zinsfuß in der Fruchtnutzung nicht überschreiten. Umgekehrt könne bei der letztern immerhin der Werth der Nutzung die Höhe der gesetzlichen Zinsen übersteigen, mit Ausnahme der Fälle, da das Mißverhältniß zwischen jenem und diesen allzugroß erscheine, oder eine bestimmte Verabredung hierüber statt gefunden, oder endlich der Gläubiger durch Vermiethen eine bestimmte Geldsumme von der verpfändeten Sache ziehe.

So großen Autoritäten, wie die angeführten, und noch dazu in einem Punkte, in welchem sie übereinstimmen, zu widersprechen, mag freilich gewagt erscheinen. Indessen ist

2) Glück, Commentar a. a. O. S. 50. Not. 55.

die Richtung jener herrschenden Ansicht bereits von manchen namhaften Schriftstellern [3]) bestritten worden.

Zuvörderst sei die Frage erneuert, ob die Worte der l. 8. D. unverkennbar hinweisen auf eine antichresis tacita? Daß sie einer solchen Interpretation wohl fähig sei, dies kann nicht genügen, so bald etwa sich zeigt, daß dieselbige mit andern deutlichen, allgemeinen und besondern, Rechtsvorschriften in Widerspruch treten würde. Ihre Nothwendigkeit muß dergestalt sich ergeben, daß die entgegengesetzte Annahme auf Ungereimtheiten des Wortsinnes der Stelle führen müßte. Diese lautet nach der übereinstimmenden Lesart aller Ausgaben und der Basiliken:

Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei pigneratae ad modum legitimum usuras retinere (Paulus).

Jemand schuldet eine Geldsumme. Ob grade aus einem Darlehn, oder einem andern Geschäfte, dies bleibt dahin gestellt. (Das Eine oder Andere ist demnach zu denken gestatet.) Dem Gläubiger ist dafür eine Sache verpfändet, und zwar eine fruchttragende. Zinsen bezahlt der Schuldner nicht. Dagegen wird dem Gläubiger ein Recht auf die Früchte — nicht zugeschrieben, sondern vielmehr ein solches wird eingeschränkt, auf ein Retentionsrecht, und nur bis auf die Höhe der gesetzlichen Zinsen gestattet.

Zur Verständigung über das Verhältniß einer eigentlichen und uneigentlichen Antichresis dient zuvor die Erinnerung, daß jene keineswegs an einen Verpfändungsvertrag gebunden erscheint. Sie kann als Innominatcontract ebensowohl ohne eine Verpfändung, als diese ohne jene vorkommen [4]). Der antichretische Vertrag selbst aber erscheint regelmäßig aus zwei Verträgen zusammengesetzt, nämlich aus der einen Verabredung über die Verzinsbarkeit der Schuld, und der andern, daß der Gläubiger anstatt der Zinsen

3) Sie sind genannt bei Glück a. a. O. Not. 56.
4) l. 14. C. de usuris (s. weiter unten).

die Früchte der ihm übergebenen Sache beziehe. Nun lassen sich in Beziehung auf die antichretische Verpfändung verschiedene abweichende Fälle denken. Es kann nämlich sein, daß über die Zinsen überall keine Verabredung getroffen worden, wohl aber dem Gläubiger das Pfand ausdrücklich zur Nutzung übergeben war. Sofern hier nicht besonders verabredet ist, worauf denn der Gläubiger die Einkünfte der Sache abrechnen solle, auf das Capital oder auf die Zinsen? so frägt sich, ob nicht schon dieser Fall als eine antichresis tacita aufzufassen sei? — Es kann sein, daß umgekehrt Zinsen verabredet sind, dagegen dem Gläubiger ohne nähere Bestimmung ein fruchttragendes Pfand hingegeben wird. Steht in diesem Falle dem Gläubiger das Recht zu, statt der ihm vorenthaltenen Zinsen die Früchte der Sache zu behalten? dann würde auch dieses als eine antichresis tacita sich darstellen. Es kann endlich sein, daß unter den Paciscenten weder von einer Verzinsung des schuldigen Capitals, noch auch davon die Rede gewesen ist, daß der Gläubiger die ihm pfandweise übergebene Sache nutzen solle. Dies ist nun der Fall der bisher angenommenen antichresis tacita, in welchem nach Cujas und den ihm folgenden Interpreten die l. 8. D. cit. dem Gläubiger ohne Weiteres ein Nutzungsrecht der Sache bis zum Betrage der gesetzlichen Zinsen zuerkennen soll [5]).

Redet nun unsere Stelle von einer eigentlichen Antichresis, welche mit der Verpfändung in Verbindung gesetzt war, oder von einer stillschweigenden? Und wenn Letzteres — ist sie dann von dem letzterwähnten Falle, oder etwa von den erstern beiden zu verstehen?

Augenscheinlich erwähnt sie mit keinem Worte einer bestimmten Verabredung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, weder hinsichtlich der Zinsverbindlichkeit des

5) Si ager tradatur pignori, et nihil dicatur de fructibus vel usuris, tacite videtur conventa antichresis: itaque fructus usurarum vice creditor retinebit: non tamen supra legitimum modum. So lautet die Paraphrase der Stelle bei Cujas a. a. O.

Letztern noch hinsichtlich der Fruchtziehung des Erstern. Daraus würde indessen noch nicht folgen, daß sie dergleichen nicht stillschweigends voraussetze. Allein der gewählte Ausdruck gratuita pecunia machte von jeher einige Schwierigkeit. Zwar nicht der Sprachgebrauch dieser Bezeichnung ist streitig; ihm entspricht völlig Brisson's Erklärung: pecunia, quae sine usuris debetur. Und man darf selbst dies dreist dem Cujas zugeben, pecunia gratuita est non tantum, de qua convenit, ut gratuita esset, sed et de qua hoc non convenit: si modo et de usuris nihil convenerit. Nun aber frägt sich, wie eine solche Ausdrucksweise zu reimen sein würde mit dem Falle einer eigentlichen Antichresis, da ausgemacht worden, daß der Gläubiger zwar keine Zinsen von dem Capitale erhalten, jedoch den Nutzen des Pfandes ziehen solle?

Einige Auswege sind versucht, diese Schwierigkeit zu vermeiden. Glück und Sintenis a. a. O. verstehen die Stelle von dem Falle, da der Schuldner in der Restitution des unverzinslich erhaltenen Darlehns sich eines rechtswidrigen Verzugs schuldig gemacht hat, und die Worte ad modum legitimum usuras — von dem gesetzlichen Quantum der Verzugszinsen. Allein gegen den so erzwungenen Zusammenhang des Vorder- und Nachsatzes der Bestimmung sträuben sich die Worte. Denn gratuita pecunia uti heißt nicht in restituendo moram facere. Und selbst die von Glück versuchte Anknüpfung unserer Stelle an die gleichfalls dem zweiten Buche der sententiae des Paulus entnommene l. 7. D. de pign. act. (XIII. 7.):

> Si autem tardius superfluum restituat creditor, id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est,

worin von einer mora die Rede ist, ist eher im Stande, das Befremdende jener Auslegung recht auffällig, als es erträglich zu machen.

Pagenstecher erklärte die gratuita pecunia für eine pecunia commodata, deren Consumtion den Commodatar zur Erstattung nebst Zinsen verpflichte. Allein abgesehen von

der anscheinenden Seltsamkeit, das charakteristische Merkmal des Commodats in dem allgemeinern Ausdruck gratuita pecunia entdecken zu wollen; abgesehen davon, daß die Verzugszinsen bei bonae fidei obligationes, mithin auch beim Commodat, klagbar sind, während unsere Stelle nur ein Retentionsrecht dem Gläubiger zuschreibt; so würde das bloße uti noch keinen contractswidrigen Gebrauch anzudeuten scheinen. Denn Gebrauch machen soll ohne Zweifel auch der Commodatar von dem Gelde, welches ad pompam vel ostentationem ihm geliehen ist. —

Nach unserer Denkweise scheint es nun freilich beim ersten Anblick sonderbar, gratuita pecunia eine Geldschuld zu nennen, wenn der entzogene Gebrauch des Geldes verabredetermaßen dem Gläubiger durch die Einräumung der Fruchtziehung an der ihm verpfändeten Sache des Schuldners vergütet wird. Allein der Grund davon kann in der Ungenauigkeit unseres Denkens gesucht werden, im Vergleiche mit der scharfen, und vielleicht spitzfindigen Unterscheidungsweise der Römischen Juristen. Dieser entsprach es, schärfer, als wir gewohnt sind, die beiden Verträge, den des Creditirens und Verzinsens, von dem der Verpfändung und Fruchteinräumung zu trennen. Von diesen letztern hinwegsehend, konnten sie sich gestatten, eine schuldige Geldsumme eben insofern gratuita pecunia zu nennen, als dem Darlehn die Verabredung hinzugefügt worden, daß keine Zinsen davon gezahlt werden sollten, oder sofern überhaupt keine Zinsverabredung statt gefunden. Nun kann freilich verabredetermaßen der unverzinsete Gebrauch des Geldes durch die Fruchtnutzung an der verpfändeten Sache vergütet werden, oder auch nicht. Im erstern Falle erscheint dann zwar der Gebrauch des Geldes entgeltlich, jedoch nur erst auf einem Umwege. Der Grundgedanke des Ausdruckes gratuitus — das Wegfallen des üblichen Aequivalents — ist festgehalten, als die eine Seite des Verhältnisses, indem die Zahlung von Zinsen wegfällt; daß an die Stelle derselben kraft der Verabredung ein anderer Vortheil für den Gläu-

biger tritt, dies ist die andere Seite des Verhältnisses, welche das der Verpfändung hinzugefügte pactum darbietet. — So erscheinen beide in Begriffen gesondert; zusammengefaßt bilden sie den Begriff der Antichresis.

Ich muß es dahin gestellt sein lassen, ob diese Auslegung etwa zu gesucht erscheine, oder nicht. Gesetzt aber, die Beziehung der Stelle auf die eigentliche Antichresis müsse demnach mißlingen: dann ist ebenso gewiß, daß ihre Beziehung auf die stillschweigende Antichresis dasselbe Urtheil trifft. Diese letztere beruht nach Cujas auf der Ansicht, daß der Schuldner, welchem keine Verzinsung seiner Schuld auferlegt worden — dum mihi tradit agrum pignori tacite id agere videtur, ut fructus percipiam et usurarum vice retineam, quod fiet tamen intra modum quasi tacito consensu. Davon sehen wir noch ab, ob die Hingabe eines Pfandes von Seiten des Schuldners in der That als eine solche Handlung erscheinen könne, welche ohne Weiteres den Schluß auf die Einwilligung desselben in den Fruchtabzug des Gläubigers anstatt der Zinsen, von denen keine Rede gewesen, rechtfertige. Gesetzt, die Umstände seien wirklich von der Art, daß eine derartige stillschweigende Uebereinkunft anzunehmen sei, dann ist dieselbe ohne Zweifel wie eine ausdrückliche zu behandeln. Denn die Absicht, welche einem Geschäfte seine Wirksamkeit vorzeichnet, ist dieselbe, mag sie in Worten sich äußern, oder in sprechenden Handlungen. Die sonstige Umschreibung der stillschweigenden Antichresis: „utitur debitor mea pecunia gratuito, quia usuras ab eo pactus vel stipulatus non sum, cuius beneficii pensandi causa (tacite) id agere videtur, ut fructus percipiam," — paßt eben so wohl auf den Fall, da das Capital ausdrücklich als ein unverzinsliches ausgeliehen, dagegen dem Gläubiger ausdrücklich die Nutzung der Sache statt der Zinsen vom Schuldner eingeräumt war. Glaubt man demnach Grund zu haben, die Beziehung der Worte: „cum debitor gratuita pecunia utatur" — auf die Voraussetzung einer eigentlichen Antichresis

für ungereimt zu halten, dann erfordert die Consequenz, dasselbe Bekenntniß abzulegen über die versuchte Beziehung jener auf die stillschweigends verabredete Antichresis. Denn in dem unverkennbaren Sinne dieser letztern müßte es gleich unzulässig erscheinen, den verstatteten Gebrauch der Geldsumme einen unentgeltlichen zu nennen. Diese Schwierigkeit trifft demnach beide Annahmen gemeinschaftlich. Zu der letztern nöthigt der Ausdruck der Stelle nicht. Andere Rücksichten aber scheinen darauf zu dringen, sie wenigstens in der hergebrachten Form gänzlich fallen zu lassen.

Unbestimmtheiten des Rechts, so heißt es, sind im Geiste vorhandener bestimmterer Rechtsvorschriften auszulegen. Würde es nun nach solchen sich rechtfertigen lassen, die bloße Hingabe einer fruchttragenden Sache zum Pfande in Beziehung auf eine Schuld, ohne daß von einer Verzinsung der Schuld, ohne daß von einer Nutzung des Pfandes irgend die Rede gewesen, als einen stillschweigenden antichretischen Vertrag aufzufassen?

Es widersprechen die allgemeinen Regeln über die Auslegung der Verträge. Auf das Bestimmteste wird gelehrt, daß Ueberlassungen im Zweifel für den Verpflichteten auszulegen und von dem geringsten Grade der Verbindlichkeit zu verstehen sind;

> Quicquid adstringendae obligationis est, id nisi verbis exprimatur, omissum intelligendum est. l. 99. pr. D. de V. O. VLV. 1. Vergl. l. 38. §. 18. eod. l. 26. de rebus dubiis (XLIV. 5.)

und weit entfernt, daß das Princip, demzufolge im Zweifel namentlich gegen den Verkäufer und Vermiether die Auslegung erfolgen soll — in quorum potestate fuit, legem apertius conscribere — auf andere und unvollkommen gegenseitige Verträge wider den, von welchem die Bedingungen gestellt zu werden pflegen, also unter Anderm auf das Darleihen einer Geldsumme, unanwendbar erscheine, erfordert vielmehr die Consequenz eine solche Ausdehnung seiner Anwendbarkeit. Hinsichtlich solcher Vertragspunkte

aber, welche einmal nicht besonders verabredet zu werden pflegen, wird die bekannte Regel gegeben:

Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est. l. 34. de Reg. Jur.

Die Wirksamkeit eines Geschäftes soll also nach dem offenbaren Sinne und Zwecke desselben beurtheilt werden. Und was für ein Geschäft war denn — abgesehen von der Zinsverabredung oder der Ueberlassung der Früchte statt der Zinsen — zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner vorausgesetzt? In was für Momenten desselben liegt so deutlich eine Einräumung der Früchte der Zinsen, daß eine andere Annahme dem augenscheinlichen Zwecke des Herganges widersprechen würde? So viel darf ohne den Vorwurf einer Erschleichung für gewiß angenommen werden, daß zuvörderst die Verpflichtung des Schuldners zur Verzinsung der Schuld entweder irgendwie übernommen, oder gesetzlich begründet erscheinen muß, wenn das antichretische Recht des Gläubigers, welches mit jener correspondirt, klar sein soll.

Sie ist nicht als stillschweigend übernommen zu betrachten. Einer solchen Vermuthung würde es an allem Grunde fehlen. Denn nur ein zwiefaches Geschäft liegt vor: die Creditirung der Schuld von Seiten des Gläubigers, und die Hingabe eines Pfandes von Seiten des Schuldners. Daß einerseits die erstere an und für sich nicht zugleich ein Ausbedingen der Verzinsung involvire, liegt auf der Hand. Dieses ist weder ein essentiale noch ein naturale negotii, wie etwa, um ein Beispiel vor Augen zu haben, die Restitution von fungiblen Sachen in gleicher Gattung und Güte statt der geliehenen, welche ohne ausdrückliche Verabredung aus dem Grunde gefordert wird, quia in contrahendo, quod agitur, pro cauto habendum est (l. 3. D. de reb. cred. XII. 1.), oder wie der als tacita conventio bezeichnete Umstand, daß die Früchte des Pfandes gleich dem Pfande selbst für die Schuld haften. Nicht jedes mutuum ist ein foenus. Eben so wenig läßt sich

jener Zusatz in einen andern Obligationsgrund hineininterpretiren, z. B. den Kauf, die Miethe, u. a. für den Fall, daß der Käufer oder Miether das pretium schuldet, abgesehen davon, daß der Verkäufer, dem ausnahmsweise der Käufer nach dem Empfange der Sache zur Verzinsung des vorenthaltenen Kaufpreises gesetzlich verpflichtet ist, nicht auf ein Retentionsrecht — von welchem unsere Stelle redet — beschränkt ist. — Andererseits bringt auch die Hingabe eines Pfandes für irgend welche Schuld, selbst wenn es ein fruchttragendes wäre, einen solchen Schluß nicht mit sich. Denn deren Zweck ist nach der Natur des Geschäftes die Sicherung des Gläubigers wegen seiner Forderung, insoweit diese begründet ist. Dazu dient sein abgeleiteter Besitz, dazu sein dingliches Recht, dazu seine Befugniß, die Sache, im Fall der Säumniß des Schuldners unter den vorschriftsmäßigen Bedingungen zu veräußern, oder aus den Früchten sein Capital bezahlt zu machen.

Inwiefern eine wirklich sprechende Handlung erfordert wird, wenn aus ihr eine nicht ausgedrückte Absicht des Handelnden gefolgert werden soll, dies lehrt die Vergleichung von Fällen, in denen die Römischen Juristen einen solchen Schluß zu ziehen gestatten. So darf freilich mit größester Wahrscheinlichkeit die Zurückgabe des Schuldscheins dem ausdrücklichen Erlasse der Forderung, die Zurückgabe der Pfandverschreibung oder des Pfandes der ausdrücklichen Aufhebung des Pfandverhältnisses gleichgeachtet werden. Wer sich auf bestimmte Zeit im Voraus Zinsen zahlen läßt, erklärt damit, innerhalb dieser Zeit das Capital nicht einfordern zu wollen [6]). So wird die Ademtion eines Vermächtnisses angenommen, wenn der Testirer die legirte Sache veräußert, zerstört, umgestaltet, wenn er das Recht des Onerirten aufhebt, oder den Modus widerruft, der dem Legate hinzugefügt war, oder mit einer spätern Disposition sich sehr mißgünstig äußert über den Honorirten. So er-

6) l. 57. D. de pactis (II. 14.)

zeugt die öftere Annahme geringerer Zinsen die Vermuthung des Erlasses der höhern Zinsverbindlichkeit [7]). So wird aus der Uebergabe einer auf den Todesfall geschenkten Sache bei des Donatars Lebzeiten die (wenngleich widerrufliche) sofortige Uebertragung des Eigenthums auf diesen präsumirt. Was für Handlungen insbesondere für concludente zu halten seien, um darin den ernstlichen Willen einer Zinszahlung von Seiten des Schuldners auf eine verbindliche Weise geäußert zu finden, darüber enthalten selbst einige Stellen eine Anweisung. Die eine

> Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quaestio moveretur imperator (Antoninus) ideo solvendas usuras indicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset. l. 6. pr. D. de usuris (XXII. 1.)

erfordert wenigstens dazu eine sehr lange fortgesetzte Entrichtung der Zinsen. Eine andere bestimmt sogar, daß eine solche Verbindlichkeit selbst nicht durch die in der einmaligen Leistung etwa ersichtliche Einstimmung begründet zu werden vermöge.

> Creditor instrumentis suis probare debet, quae intendit et usuras se stipulatum, si potest. Nec enim, si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt. l. 7. C. de usuris. (IV. 32.)

Gleichwohl soll der Gläubiger ohne alle Spur einer solchen Willensmeinung des Schuldners die Zinsen von den Früchten der verpfändeten Sache abzuziehen berechtigt sein? —

Wenn hiernach die Ansicht unhaltbar erscheint, in der bloßen Hingabe eines fruchttragenden Pfandes in Folge einer contrahirten Schuld das Moment zu finden, aus welchem etwa die Vereinbarung sich abnehmen ließe, daß dem Gläubiger durch die Verpfändung nicht nur sein Forderungsrecht selbst gesichert, sondern auch Zinsen vergütet werden sollen:

---

7) l. 13. pr. D. de usuris. (XXII. 1.)

ſo bleibt nur noch übrig, eine geſetzliche Verpflichtung des Schuldners zur Zinszahlung hervorzuſuchen, welche den Pfandgläubiger zur Retention des Pfandes oder zunächſt der Früchte deſſelben befuge. Eine ſolche wird allerdings anerkannt, doch nur in einer Mehrzahl von Fällen, in denen die Zinſen ſogar officio iudicis präſtirt werden. Sie gehören nicht weiter hieher. Im Allgemeinen aber beſteht keine Naturalobligation, derzufolge gezahlte Zinſen von einer wirklich beſtehenden Schuld nicht zurückgefordert werden, und der Gläubiger etwa auf dem Wege der Compenſation oder Retention ſeine Befriedigung deshalb erlangen könnte. Denn die l. 26. pr. D. de cond. indeb. (XII. 6.)

> Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit: sed si supra legitimum modum solvit, D. Severus rescripsit (quo iure utimur), repeti non posse, sed sorti imputandum, et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse (Ulpian.)

erwähnt zwar ebenſowenig, als die l. 8. D. cit., daß die Verzinslichkeit etwa durch ein pactum ausgemacht ſei, allein die gleich darauf folgende Bemerkung:

> Indebitum autem solutum accipimus non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat

überläßt uns, dies vorauszuſetzen, da außer den oben erwähnten Stellen unter andern die l. 3. C. de usuris den geringſten Grad der Verpflichtung des Schuldners wenigſtens auf ein pactum ſtützt.

> Quamvis usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt: tamen ex pacti conventione solutae, neque ut indebitae repetuntur: neque in sortem acceptoferendae sunt.

Es war Regel, daß die Klagbarkeit des Zinſenverſprechens, ſofern es nicht etwa mit einem bonae fidei contractus in Verbindung geſetzt worden, bedingt ſei durch die

Einkleidung deſſelben in die Form der Stipulation [8]). Nur in einzelnen namhaften Ausnahmen erzeugte ein bloßes pactum eine Klage auf die Zinſen, wie unter andern beim nauticum foenus [9]), oder wenn Früchte dargeliehen worden ſind (wegen der Veränderlichkeit ihres Werthes [10]), bei Verabredungen der Argentarien (um deren Bereitwilligkeit, den Bedürftigen Vorſchüſſe zu leiſten, kein Hinderniß in den Weg zu legen [11]), zu Gunſten des Fiscus und der Städte [12]), und ſobald eine Pfandbeſtellung für die Hauptſchuld durch die ausdrückliche Beziehung auch auf die — wenngleich nur durch ein pactum verabredeten — Zinſen, auch hinſichtlich dieſer civiliter wirkt [13]). Davon abgeſehen, hat, wie erwähnt iſt, ein Zinsverſprechen allerdings noch die Wirkungen einer natürlichen Verbindlichkeit. Es befugt den Gläubiger mithin eben nur, das Gezahlte zu behalten, durch Compenſation ſich bezahlt zu machen, durch Retention ſich die Befriedigung zu ſichern.

Dies Recht wird, ſo ſcheint es, in der l. 8. D. cit. dem Pfandgläubiger beigelegt, als eine einzelne Anwendung des allgemeinen Grundſatzes. Daß dies Recht aber, ſtatt der Zinſen bis zu deren Belaufe die Früchte der verpfändeten Sache zu behalten, wenigſtens eine derartige Verabredung vorausſetze, dies iſt ganz beſonders anerkannt.

> Pignoribus quidem intervenientibus, usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt: verum hoc iure constituto, quum huiusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas, nec peti nec retineri

8) l. 24. in f. D. depos. XVI. 3. — l. 17. §. 4. D. de usuris (XXII. 1.). l. 1. 3. C. eod. l. 5. C. de pact. inter emtor. (IV. 54.)

9) l. 7. D. de usuris. l. 5. 7. D. de naut. foen.

10) l. 12. 23. C. de usuris.

11) Nov. 136. Cap. IV.

12) l. 43. 30. D. de usuris.

13) Vergl. Francke, civil. Abhandlungen. Göttingen 1826. Seite 80—107. — l. 2. C. de fiscal. usur. X. 8.

quicquam amplius potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris perspicis (l. 22. C. de usuris).

Zwar wird die Berufung auf dieſe Stelle ſchon von Cujas mit den Worten abgefertigt: „male autem colligitur ex l. 4. et 22. C. de usur., fructus pignoris non posse retinere, nisi ita nominatim convenerit, cum illae de retentione rei loquantur, non de retentione fructuum.“ Allein dieſe Anſicht kann bei dem allgemeinen Ausdrucke der letztern Stelle nicht in Beziehung auf dieſe zugegeben werden, ſondern nur allenfalls von der erſtern von ihm angeführten gelten. — Dazu kommt, daß alle die Stellen, welche den Fall einer antichretiſchen Benutzung erörtern, dieſe ſtets als beruhend auf einem vorgängigen pactum darſtellen.

Zwar die l. 14. C. de usuris, — si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita ut convenit, usa est redet nicht von einem Falle, da die Antichreſis bei einer Verpfändung zur Sprache kommt. Dagegen die l. 17. C. eod. beurtheilt die Frage, wie weit der Gläubiger in der Fruchtziehung des verpfändeten Grundſtücks, verglichen mit dem geſetzlichen Maße der Zinſen, gehen dürfe, und unterläßt nicht, ihre Entſcheidung an die Vorausſetzung anzuknüpfen:

Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus invicem usurarum consequeretur. —

Desgleichen Papinian in der l. 1. §. 3. D. de pignor. et hypoth. (XX. 1.)

Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae.

Mit der auf dieſe beſondern und jene allgemeinen Rechtsbeſtimmungen geſtützten Behauptung, daß ein pactum durchaus erforderlich ſei, zur Begründung des antichretiſchen Rechts iſt nicht geſagt, daß daſſelbe gerade ein ausdrückliches ſein müſſe — si paret, quid actum sit. — Geſetzt, von einer Nutzung des Pfandes ſei keine Rede geweſen, aber

die Schuld sei ausdrücklich als eine verzinsliche creditirt und eine fruchttragende Sache als Pfand übergeben: dann würde noch nicht das Recht des Gläubigers folgen, ohne Weiteres die Nutzung des Pfandes zu ziehen und auf die Zinsen abzurechnen, sofern die Verabredung eben lehrt, daß der Schuldner die Entrichtung derselben einer derartigen Berechnung vorziehen darf: wohl aber ein Recht, die Früchte statt der Zinsen zu retiniren, wenn jener keine Zinsen zahlt und selbst zu behalten. Dies möchte man immerhin eine uneigentliche Antichresis nennen, insofern als das Recht des Gläubigers auf die Frucht statt der Zinsen hier nicht der Sinn der Verabredung ist, sondern als die gesetzliche Wirkung der durch des Zinspakt begründeten Naturalobligation des Schuldners erscheint. — Gesetzt, es sei umgekehrt von einer Verzinsung der Schuld keine Rede gewesen: es sei nur verabredet, der Gläubiger solle das Pfand nutzen; auch dann wird es erforderlich nach dem nicht ausgedrückten Sinne der Verabredung, nach der tacita conventio, zu fragen. Ist der Sinn dieser, daß der Gläubiger in den Früchten die Befriedigung wegen seiner Capitalforderung suchen, oder dieser, daß er die Zinsen aus der Nutzung der Sache ziehen dürfe? Ohne Zweifel darf man durch diese Bestimmung das Recht des Gläubigers zur Gegennutzung implicite anerkannt achten. — Dies ist derjenige Fall einer antichresis tacita, auf welchen Böhmer[14]), Engelbrecht[15]) und Mensken[16]) die l. 8. D. bezogen haben[17]).

---

14) Introd. in ius Dig. tit. de pignerat. act. §. 9.

15) De creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. Helmst. 1724. §. 3.

16) Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. Lips. 1745. §. 2.

17) Vielleicht auch das Scholion zu den Basiliken. IV. 52. καὶ παλιν σημείωσαι, ὅτι ὁ δανείσας καὶ λαβών πρᾶγμα εἰς ἐνέχυρον, κἂν μὴ συμφωνήσῃ λαβεῖν τοὺς καρποὺς ἀντὶ τῶν τόκων, ὅμως λαμβάνει τοὺς καρποὺς τοῦ πράγματος οὐχὶ πάντας, ἀλλ' ἄχρι τῶν λεγιτίμων τόκων — wenn es erlaubt ist, auf das ἀντὶ τῶν τόκων das Hauptgewicht zu legen.

Die aequitatis ratio, welche es billigt, daß dem Gläubiger für die entzogene Nutzung seines Capitals eine Vergütung zu Theil werde, zusammengehalten mit der ausdrücklichen Verabredung, er könne die ihm verpfändete Sache nutzen — dies ist wohl im Stande, die Vermuthung zu begründen, daß der Schuldner darin die Willensmeinung an den Tag gelegt habe, durch die Ueberlassung der Früchte den Gläubiger in den Besitz jenes billigen Vortheils zu setzen. Insbesondere erscheint diese Ansicht gerechtfertigt durch eine Vergleichung mit dem Grundsatze der Auslegung, welcher in andern Fällen gebilligt wird, wo nämlich ein Versprechen, welches dem Wortsinne nach Nichts Anderes aussagt, als eine ohnehin schon bestehende Verbindlichkeit, aufgefaßt wird als Zugeständniß einer weiter reichenden Berechtigung des Promissars, damit es nicht sinnlos erscheine. So wird die besondere Uebernahme der custodia von Seiten derer, die dazu bereits gesetzlich verpflichtet sind, als eine stillschweigende Uebernahme des zufälligen Schadens angesehen [18]). So wird die ausdrückliche Verabredung, daß

18) §. 3. J. de emt. et vend. l. 55. pr. D. loc. (Vergl. l. 14. pr. D. de furtis XLVII. 2. §. 5. J. de locat. et conduct.). Nach einem haltbaren Grunde, auf welchen etwa Hasse's entgegengesetzte Ansicht (die Culpa des Röm. Rechts S. 516. und flgde.) sich stützte, sucht man vergeblich. Er versteht die Uebernahme der custodia in §. 3. J. von einem concreten Falle, da die (in der Regel fehlende) Nothwendigkeit einer besondern Aufsicht über den verkauften Sclaven eintritt. Allein wiefern dieselbe wirklich nothwendig ist, ist eben der Verkäufer ohnehin dazu verpflichtet. Und wie sich die Behauptung, daß der, welcher die ihm schon obliegende custodia ausdrücklich übernahm, dennoch mit der exceptio culpae deficientis zu hören sei, reimen lasse mit der ausdrücklichen Voraussetzung der Stelle: „ita, ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat" — ist schwer einzusehen. Den Theophilus selbst eines Irrthums zu zeihen — der Ausweg, welcher Hassen blieb, und den er ergriff — dies ist um so bedenklicher, da Paulus in der l. 55. pr. D. dominus horreorum effractis et compilatis horreis, non tenetur, nisi custodiam eorum recepit der ausdrücklichen Uebernahme der custodia abseiten des Verpächters eines horreum, der sie ohnedies zu prästiren hat (l. 4. C. de locat et cond. IV. 65.), dieselbe Wirkung beilegt.

dem Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht geſtattet ſein ſolle, welches ihm ohnehin zuſteht, nach der herrſchenden Meinung ſo ausgelegt, daß er dadurch der ſonſt dem Verkaufe des Pfandes vorgängigen Denunciation überhoben ſei [19]). Nach derſelben ratio läßt ſich dem Nutzungsvertrage (ohne daß von Zinſen irgend die Rede war) die Wirkung beilegen, daß dadurch der Gläubiger auch ein Retentionsrecht der Früchte ſtatt der Zinſen erlangt habe. Denn behuf der Befriedigung ſeiner Capitalforderung ſich allenfalls auch an die Früchte des Pfandes halten zu dürfen, dieſe Befugniß verſtand ſich ſchon aus dem Weſen der Verpfändung von ſelbſt. Heißt es gleich in l. 35. §. 1. D. de pignerat. act. (XIII. 7.)

Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti. (Florentinus)

und wird gleich die Benutzung einer verpfändeten Sache, ebenſo wie der Gebrauch einer deponirten, ſelbſt als ein furtum usus von den Römiſchen Juriſten bezeichnet [20]): ſo wird doch anderwärts beſtimmt, daß die von den Pfändern gezogenen Früchte auf das Capital abzurechnen ſeien [21]), und l. 3. C. de pigner. act. weiſt den Gläubiger ganz beſonders darauf an:

„Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus quos percepit, vel percipere debuit, in rationem debiti exonerandi computare necesse habet.“ —

Daraus iſt zu entnehmen, daß er einerſeits nur, ſofern er dieſe Befugniß oder eine ausdrückliche Verabredung überſchreitet, einen Diebſtahl begeht, andererſeits aber, daß er nicht ohne Weiteres Früchte des Pfandes auf Zinſen abzurechnen befugt iſt.

---

19) Mühlenbruch, Pand. §. 318. Not. 3.

20) l. 54. pr. D. de furtis. (XLVII. 2.) §. 6. J. de oblig. quae ex del. nasc. (IV. 1.)

21) l. 1. 2. C. de pigner. act. (IV. 24.)

Außer den oben besonders hervorgehobenen Momenten, aus welche die tacita conventio der Gegennutzung des Gläubigers etwa abzunehmen sein kann, bleibt allenfalls noch die Berücksichtigung einer bestehenden Gewohnheit übrig, deren rechtliche Bedeutung eben keine andere ist, als die, daß sie als ein Mittel zur Auslegung (entweder der Gesetze, oder) privatautonomischer Bestimmungen diene.

Si non pareat, quid actum sit, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in quae actum est, frequentatur. l. 34. cit. de reg. iur.

Auf eine andere unter derartigen Bedingungen gerechtfertigte antichresis tacita mag immerhin auch die l 8. D. bezogen werden. So können sich auch diejenigen befriedigt finden, welche etwa deshalb mit Cujas fordern, daß diese Stelle von einer antichresis tacita verstanden werde, weil die Ueberschrift des Titels dies anheim gebe; obwohl die Mehrzahl der sog. leges fugitivae zeigt, daß auf ein solches Bedenken kein großes Gewicht zu legen sein werde.

Um so mehr muß aber die hier bestrittene Art der antichresis tacita befremden, als von deren Behauptung eine höchst sonderbare Bestimmung ihres Verhältnisses zur eigentlichen Antichresis die Folge ist (S. 2.). In der Meinung, daß die l. 8. D. von jener ausschließlich rede, entnimmt man ihr nun die Vorschrift, „daß bei der antichresis tacita der Gläubiger nur bis auf die Höhe des gesetzlichen Zinsfußes die Früchte der Sache sich zueignen dürfe." Hingegen erklärt man es im Falle eines ausdrücklichen antichretischen Vertrags in der Regel für zulässig, daß der Gläubiger in der Nutzung an das Maß der gesetzlichen Zinsen sich nicht kehre, jedoch mit den oben angeführten Ausnahmen. Allein wenn eine Einstimmung wirklich aus concludenten Handlungen oder anderweitigen Verabredungen gefolgert werden kann, dann (müssen wir hier wiederholen) steht dieselbe einer ausdrücklichen Verabredung in ihrer Wirkung völlig gleich. Darum ist kein Grund einzusehen, weshalb die angeblich für die uneigentliche An-

tichreſis geltende Regel bei der eigentlichen zur Ausnahme herabgeſetzt erſcheint. Denn der Sinn beider iſt (ausgeſprochen oder nicht) der, daß dem Pfandgläubiger eben nur die entzogenen Zinſen durch die Früchte des Pfandes vergütet werden ſollen. Daß er nicht weiter gehen dürfe — mit dieſer Reſtriction erheiſcht die Conſequenz nicht minder die eigentliche Antichreſis zu verſtehen, als die ſog. uneigentliche. Man beruft ſich dagegen auf l. 14. und l. 17. C. de usuris [22]), welche allerdings von einer ausdrücklich verabredeten Antichreſis reden und beſtimmen, der Werth der Nutzung ſei nicht nach den Grenzen der geſetzlichen Zinſen abzumeſſen. Allein die erſtere Stelle:

> Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus contractum, sed vilius conducta habitatio videtur —

enthält augenſcheinlich nur das Princip, daß bei Abſchätzung der Nutzung nicht der etwa höchſt mögliche, zufällige, ſondern nur derjenige Werth derſelben in Anſchlag zu bringen ſei, welcher nach dem Sinne der Verabredung wirklich gezogen worden. Die zweite:

> Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt —

führt für die Beſtimmung, daß in dem vorgetragenen Falle nicht etwa vom Schuldner wegen Irrthums die getroffene antichretiſche Verabredung anzufechten ſei, lediglich den

22) Mühlenbruch a. a. O.

ungewiſſen Ertrag des Grundſtücks, auf welchen der Gläubiger ſtatt der Zinſen angewieſen worden, als Grund an. Bei auffallender Ungleichheit aber auf eine angemeſſene Ausgleichung zu dringen, — dies Recht ſpricht das Reſcript dem Schuldner nicht ab, deſſen Intention, wie es ſcheint, darauf gerichtet geweſen war, die antichretiſche Verabredung ſelbſt, als völlig unverbindlich, umzuſtoßen. Angenommen nun, ein derartiges Nutzungsrecht des Gläubigers beruhte auf einer ſtillſchweigenden Uebereinkunft, an deren Criterien es nicht fehlte, dann würden die angeführten Gründe ohne Zweifel eben dieſelbige Beurtheilung rechtfertigen. Denn ſie beruht entweder auf der Natur der Uebereinkunft, oder auf der Natur der Sache. Umgekehrt aber wird (gerade von ſolchen eigenthümlichen Fällen hinweggeſehen) die einfachſte Betrachtungsweiſe darauf führen, daß das Princip der Regel: der Werth der Nutzung dürfe das geſetzliche Maß der Zinſen nicht überſteigen, ihnen beiden, der ausdrücklich oder ſtillſchweigends vertragten Gegennutzung gemeinſchaftlich ſei. Die ſtricteſte Auslegung der Berechtigung des Gläubigers führt bei beiden zu dieſem Reſultate. Die Uebervortheilung des Schuldners widerſtreitet bei beiden dem Sinne der Geſetze, welche den Zinſen ein beſtimmtes Maß ſetzten. Dieſen Geſichtspunkt einer gleichen Beurtheilung beider Antichreſen vermag auch nicht zu verrücken die Berückſichtigung der urſprünglichen Natur der eigentlichen Antichreſis, welche Struyck [23]) und Schrader [24]) hervorheben. Mag die Gegennutzung des Gläubigers urſprünglich auf der Pachtung einer Sache beruhen, wobei nicht deren wirklicher Ertrag, ſondern der ausgemachte Pachtpreis als Werth der Nutzung in Betracht kommt: ſo läßt ſich zuvörderſt auch die ſtillſchweigende Antichreſis (wenn anders eine ſolche anzunehmen ſteht) auf dieſes Fundament zurückführen, und der geſetzliche Betrag der entzogenen Zinſen ſtillſchweigends

23) Us. mod. Pand. tit. de pign. §. 5. 6.
24) a. a. O.

dem Pachtgelde gleichgesetzt achten, sofern die Natur der Sache (der Nutzung) die Berücksichtigung eines Ueberschusses nicht gestattet, in Betracht auch der etwanigen Verkürzungen, welche sich andererseits der Gläubiger dabei würde gefallen lassen müssen. Und, wenn man nun fragt, welcher Gesichtspunkt bei der Beurtheilung der antichretischen Verpfändung vorwiege, der der Verpachtung, oder der bloßen Zinsenvergütung durch die Früchte der übergebenen Sache, so scheint es der natürlichsten Ansicht zu entsprechen, sie beide, die eigentliche und die stillschweigende Antichresis (dem schon in dieser Bezeichnung ersichtlichen Hauptzwecke des Geschäfts nach) unter die Regel zu stellen, daß das Verbot der Ueberschreitung des Zinsmaßes nicht zu umgehen sei durch die Hinnahme der Früchte statt der Zinsen; für beide aber ausnahmsweise der Gesichtspunkt der Pachtung festzuhalten, wenn ein durchaus fester Maßstab mangelt, nach welchem eine solche Uebervortheilung abseits des antichretischen Gläubigers außer Zweifel zu setzen sein würde. Für diese Auffassung spricht eine Vergleichung der Antichresis mit einem Geschäfte, dessen Hauptzweck ersichtlich die Verpachtung selbst ist. Sofern hier zuvörderst der Pachtpreis festgesetzt worden, und statt dessen Entrichtung dem Verpachter die Zinsen eines ihm geliehenen Capitals gelassen werden, so kann natürlich blos von einer Compensation der Zinsen mit dem Pachtpreise die Rede sein, und der wirkliche Werth des Ertrags kommt gar nicht in Betracht im Vergleich mit den Zinsen, sondern nur allenfalls zur Ermittlung einer Verletzung über die Hälfte. Nun kann man gerne zugeben, daß in antichretischen Verträgen stillschweigends die Zinsen dem Pachtpreise gleichgesetzt seien. Indessen erscheint durch diesen Umschweif die Hauptrichtung des Geschäfts nicht dergestalt verwandelt, daß die Anwendbarkeit der Zinsgesetze darauf nunmehr ausgeschlossen sei. Ohne Zweifel entging es auch den Römischen Juristen nicht, daß dem Unwesen des Wuchers in dieser Gestalt, in welcher er seine Zuflucht findet, nicht beizukommen sein würde. Auf

dieſe Weiſe erklärt ſich ſehr befriedigend der Ausſpruch des Paulus in der l. 8. D. Er will (mit rühmlicher Conſequenz) das Princip der geſetzlichen Zinseinſchränkungen auch bei der antichretiſchen Nutzung nicht umgeſtoßen wiſſen.

Kurz zuſammengefaßt iſt das Reſultat dieſer Darſtellung folgendes:

Die l. 8. D. kann ſowohl von einer ſog. eigentlichen, als von einer ſtillſchweigenden Antichreſis verſtanden werden, ſofern deren Annahme nach den jetzigen Regeln über die Auslegung der Verträge nur ſich rechtfertigen läßt. Eine ſolche darf man zwar doch nicht annehmen, wenn eben nur die Verzinſung des Capitals, wohl aber wenn blos dieſes ausgemacht worden, der Gläubiger ſolle die ihm verpfändete Sache nutzen, ohne daß von der Verzinſung der Schuld ausdrücklich die Rede war, ferner wenn aus andern Umſtänden dieſelbe Abſicht des Schuldners mit der Wahrſcheinlichkeit, welche zu einem juriſtiſchen Beweiſe erforderlich iſt, zu vermuthen iſt. Eine antichresis tacita in dem bisher angenommenen Sinne, wonach der Gläubiger durch die bloße Hingabe einer fruchttragenden Sache zum Pfande, ohne daß von einer Verzinſung, ohne daß von der Benutzung des Pfandes die Rede geweſen, ein Recht auf dieſe bis zum Betrage der geſetzlichen Zinſen erhielte, giebt es nicht; auch nicht als ſog. uneigentliche Antichreſis. Sie iſt nicht aus l. 8. D. zu folgern. Von der ausdrücklich ausgemachten und einer wirklich begründeten ſtillſchweigenden Antichreſis gilt aber hinſichtlich der Vergleichung des Werthes der Nutzung mit dem geſetzlichen Zinſenbelaufe die gleiche Regel und die gleiche Modification derſelben; die Regel, daß der Gläubiger die Nutzungen nur bis auf die Höhe der geſetzlichen Zinſen ſich berechnen darf, — l. 8. D. — darüber hinaus ſie reſtituiren oder auf das Capital abrechnen, mithin auch Rechnung ablegen[25])

25) Glück a. a. O. S. 127. Dies Princip braucht mithin nicht erſt in der R.-P.-O. von 1530 Art. 26. aufgeſucht zu werden.

muß: die Modification, daß der Werth der Nutzung den Betrag der Zinsen übersteigen darf, wenn die Natur der Sache die Genauigkeit und Strenge einer solchen Berechnung zurückweist, wie in den Fällen der l. 14. und l. 17. C. de usuris, ein Punkt, der dem Arbitrium des Richters überlassen bleiben muß.

XIV.

Ueber bonum und aequum und ihre Gegensätze im römischen Rechte.

Von Herrn

Dr. Hartter,

Advokaten in München.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. VIII. im Hefte 1. Band XXIX.)

Aequitas als Wohlfahrt.

§. 15.

Cicero legt der aequitas die Eigenschaft der Nützlichkeit bei [1]), und nach Puchta soll das Recht die Aufgabe haben, das menschliche Wohl zu befördern [2]). Das soll auch ein Prinzip des Rechts und in l. 1. §. 2. D. de just. et jur. dieser Punkt sogleich in die Definition des Rechts mit aufgenommen sein. Es hat aber wohl die Utilitas, welche Eigenschaft des Rechts sein soll, eine mehrfache Bedeutung. Vordersamst dürfte der nächste und eigentliche Begriff der Brauchbarkeit damit verbunden werden. Die Rechtssphäre ist derjenige Raum der Bewegung des Menschen, von welchem er Gebrauch machen darf. Man kann daher sagen,

1) Cicero invent et 2. jus aequabile, quid utilitatis haberet?
2) Puchta, Pand. Leipzig 1844. §. 21.